

CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS II

Nesta aula retornaremos ao assunto crimes em licitações e contratos administrativos, com foco aos tipos penais.

CÓDIGO PENAL – CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL (INCLUÍDO PELA LEI N. 14.133, DE 2021)

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Obs.: Há o instituto da licitação, o qual é o procedimento realizado para a contratação de obras, serviços e bens pela Administração Pública. Porém, existem algumas situações em que a Lei n. 14.133/2021 prevê a possibilidade de contratação direta sem que haja uma licitação – são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.



ATENÇÃO

Este é um dos artigos mais importantes e muito cobrado e prova.

LEI N. 14.133/2021

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

(...)

Obs.: Em algumas situações, é plenamente possível a contratação direta pela Administração Pública de prestadores de serviço ou de mercadorias, mas a inexigibilidade da licitação só pode ser feita se forem obedecidas as hipóteses que estão previstas em lei.

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IV – para contratação que tenha por objeto:

e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

(...)

Obs.: Nas hipóteses de inexigibilidade e dispensabilidade, o administrador público pode contratar diretamente – não há crime algum. O crime é fazer uma contratação direta que não esteja prevista dentro das hipóteses dos arts. 74 e 75 da Lei de Licitações.

O art. 337-E do Código Penal é uma norma penal em branco. O tipo penal descreve uma conduta que só se consegue estabelecer exatamente qual é o crime ao se valer de um complemento – deve-se observar as hipóteses previstas em lei, ou seja, o complemento está em outra lei: Lei n. 14.133/2021. É uma norma penal em branco homogênea, pois o complemento é outra lei. Se o complemento fosse um ato administrativo, como há na Lei de Drogas, seria uma norma penal em branco heterogênea. Como, aqui, o complemento também é uma lei, tem-se uma norma penal em branco homogênea.

Esse crime só existe na modalidade dolosa. Supondo que um administrador público realize uma contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, mas sem dolo, numa situação de negligência e equívoco, ele não pode ser punido pelo crime, pois ele só pode ser punido na modalidade dolosa. Isso vale para o art. 337-E e para todos os crimes estudados dentro dos crimes em licitações e contratos administrativos. Na prática, alguém pode incorrer numa contratação direta ilegal culposamente, mas, nesse caso, não haverá o crime.

Outro ponto importante é que é um crime próprio, não podendo ser praticado por qualquer pessoa. Ele será praticado pelo agente público ou funcionário público responsável pela licitação.



5m

Não configura o delito do art. 337-E se o funcionário público efetua a contratação direta (inexigibilidade ou dispensa de licitação) baseado em parecer da assessoria jurídica. (STJ – HC 329.277/SP, julgado em 04/10/2016).

Obs.: Isso demonstra que não houve dolo.

FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÃO (INCLUÍDO PELA LEI N. 14.133, DE 2021)

Obs.: A principal natureza da licitação é a possibilidade de competição. Se não for possível a competição, é uma hipótese de inexigibilidade de licitação. A natureza da licitação é a possibilidade de vários prestadores de serviços competirem entre si, e, com isso, oferecerem a melhor proposta e as melhores condições para a Administração Pública. Esse crime vai punir a conduta daquele que, de alguma forma, frustra, atrapalha, prejudica o caráter competitivo da licitação.

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Obs.: A adjudicação é a concessão, é quando a pessoa ganha a licitação. Depois que é adjudicado o objeto da licitação, é feito o contrato. O crime é frustrar ou fraudar o caráter competitivo do processo licitatório. Isso pode ser feito de várias formas. Imaginando que se divulgue que determinada licitação foi cancelada e várias pessoas desistam de participar, pratica-se esse crime. É um crime que traz uma forma muito ampla.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Obs.: Esse crime só pode ser praticado na modalidade dolosa, mas há um elemento a mais: tem que ser dolo com finalidade especial de agir. Caso se frustrar uma licitação para prejudicar um órgão, não se responde por esse artigo, pois a finalidade é diferente. É um crime comum – em tese, pode ser praticado por qualquer pessoa. É um crime formal – ele se consuma com a conduta de frustrar ou fraudar, ainda que não ocorra posterior adjudicação ou assinatura do contrato. Além disso, haverá esse crime, ainda que, decorrente dessa conduta, se tenha gerado um benefício para a Administração Pública.

Súmula 645-STJ: “O crime de fraude à licitação é formal e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem”. Aprovada em 10/02/2021.

“O crime pode se perfectibilizar mesmo que haja benefício financeiro da Administração Pública, quando [por exemplo] determinado licitante obtém a informação antecipada do preço apresentado pelos concorrentes e, com a participação de servidor público responsável



10m



15m

pela licitação, propõe preço menor e obtém êxito” (STJ. 6ª Turma. **REsp 1498982/SC**, julgado em 05/04/2016).

PATROCÍNIO DE CONTRATAÇÃO INDEVIDA (INCLUÍDO PELA LEI N. 14.133, DE 2021)

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Obs.: Previsto no art. 321 do Código Penal, o crime de advocacia administrativa ocorre quando o agente patrocina interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se de sua função pública. Aqui, é uma forma de advocacia administrativa, mas específica para as licitações. É um crime próprio, pois só pode ser praticado pelo funcionário público. Ocorre, por exemplo, quando um funcionário público pertence a um departamento em que a direção vai realizar a contratação de uma empresa de publicidade, numa hipótese de inexigibilidade, e se fica pleiteando, junto à Administração Pública, para ser contratada a empresa de um amigo. Não deve o funcionário público pleitear interesses privados perante a Administração Pública ou criar licitações para favorecer determinadas pessoas – isso configura desvio de finalidade. Há um detalhe: somente haverá esse crime se for declarada a invalidação da licitação ou do contrato pelo Poder Judiciário. Essa é uma condição necessária.



20m

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Obs.: Não cabe tentativa. Pela natureza e pela condicional existente, não é permitida a tentativa. É um crime material – a conduta tem que dar causa efetiva à instauração de uma licitação ou a celebração de um contrato administrativo.

Condutas semelhantes:

CÓDIGO PENAL – ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

Obs.: Se não existisse o art. 337-G, essa conduta recairia no art. 321 do Código Penal. Porém, pelo princípio da especialidade, o art. 337-G é mais específico, então não se aplica o art. 321 se alguém praticar uma conduta compatível com o art. 337-G.

LEI N. 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Art. 3º (...)

III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.



DIREITO DO CONCURSO

01. (CESPE/CEBRASPE/2021/TCE/RJ/ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO/ESPECIALIDADE: DIREITO) No que se refere aos crimes em espécie, julgue o item que se segue.

Indivíduo que patrocine diretamente interesse privado na administração pública, dando causa à instauração de licitação, cuja invalidação seja decretada pelo Poder Judiciário, responderá pelo crime de advocacia administrativa, previsto no Código Penal.



Será punido pelo crime de patrocínio de contratação indevida, que é mais específico.

GABARITO

01. E

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pelo professor Érico de Barros Palazzo.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
